

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS – Entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales / DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Competencia general para disciplinar a sus servidores / AGENCIA DEL INSPECTOR GENERAL DE TRIBUTOS, RENTAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – Casos en que desplaza la competencia general de la DIAN

La Sala en anterior conflicto de competencias administrativas, desarrolló un estudio sobre el reparto de las competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN, con fundamento en el cual se precisará algunos aspectos de importancia para este caso. La tesis que la Sala desarrolló en dicha decisión analizó la competencia general de la DIAN para disciplinar a sus servidores, con fundamento en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, relacionado con la competencia de cada entidad para ejercer la potestad disciplinaria de sus servidores. (...) La Sala determinó en esa ocasión, que de acuerdo con este artículo, resulta claro que la acción disciplinaria se encuentra en primer lugar en cabeza de las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, salvo los casos en que la Procuraduría General de la Nación asuma su poder preferente. En cuanto a los factores determinantes de la competencia en materia disciplinaria, la Sala citó el artículo 74 de la Ley 734 de 2002, el cual consagra los criterios que al interior de cada entidad servirán para determinar la competencia disciplinaria, esto es, la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y la figura de la conexidad. (...) De este modo, la competencia general de investigación disciplinaria de los funcionarios de la DIAN radica en principio en esa entidad, tal como lo dispone además el artículo 10 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (...) El Decreto 4173 de 2011 por el cual se creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, le asignó a esta entidad algunas competencias disciplinarias sobre funcionarios de la DIAN. (...) La ITRC desplaza la competencia general de la DIAN cuando se trate de: “i) faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; y ii) en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos. Por el contrario, si la conducta a investigar no se puede encuadrar en ninguno de los anteriores supuestos la investigación disciplinaria será competencia exclusiva de la DIAN”. Según lo expuesto, la DIAN conserva su competencia para ejercer la potestad disciplinaria de sus funcionarios en caso de faltas leves y graves y faltas gravísimas que no estén asignadas expresamente a la ITRC. (...) Para el caso que es materia de análisis, de acuerdo con la denuncia que se transcribió, los hechos expuestos no son en principio, de los tipificables dentro del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, particularmente en lo relativo a la exigencia de una intención inequívoca del servidor público de cometer un delito a título de dolo y valiéndose del cargo. (...) En conclusión, y teniendo en cuenta la información suministrada en esta actuación, como los hechos a investigar no corresponden a la falta gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ni tampoco a las demás asignadas a la ITRC por el Decreto 4173 de 2011, ni es un asunto en que esté comprometida la defensa de los recursos públicos, la competencia es de la DIAN. (...) La entidad competente para asumir el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias del servidor Miguel Alberto Musalán Aguiar, en su condición de funcionario de la DIAN, es la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas

Nacionales –DIAN-. La Sala llega a esta conclusión con fundamento en las siguientes consideraciones: 1. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a la falta gravísima de que trata el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; 2. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a las demás faltas preceptuadas por el Decreto 4173 de 2011 y asignadas a la ITRC para ser investigadas, y 3. No es un asunto en que esté comprometida la defensa de los recursos públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS (E)

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00091-00(C)

Actor: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39, en concordancia con el 112 numeral 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, resuelve el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en relación con quién debe avocar el conocimiento del proceso disciplinario expediente N° 1704-01-2013-0007 contra el servidor de la DIAN, Miguel Alberto Musalán Aguiar.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes del presente conflicto de competencias se sintetizan en la siguiente forma:

1. Por medio del Oficio N° 132000201-094 del 8 febrero de 2013, la Directora Seccional de Impuestos de Bogotá, María Eugenia Torres Arenales denunció las presuntas irregularidades en la actualización del RUT de los contribuyentes “Alquiler de Volquetas y Maquinaria Pesada Ltda”, “Drilling And Transporte Cargo Ltda” y “911 Mantenimiento y Servicio Ltda” ante la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Unidad Administrativa Especial – U.A.E, Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales – ITRC, en adelante ITRC (folio 9 a 10).

2. Mediante Auto N° 17403-59 del 12 marzo de 2013, la ITRC, ordenó el inicio de la Indagación Preliminar sobre las irregularidades descritas (folio 105).

3. Mediante Auto N° 17404-082 del 28 de agosto de 2013, la ITRC ordenó la apertura de la Investigación disciplinaria contra el funcionario MIGUEL ALBERTO MUSALÁN AGUIAR por presuntas irregularidades en la inscripción de personas jurídicas o asimiladas para la formalización del RUT ante la DIAN, dado que se realizaron sin adjuntar la constancia relacionada con la *“titularidad de cuenta corriente o de ahorros con fecha de expedición no mayor a un mes en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o último extracto de la misma”* (folios 186 vto. y 187 vto.).

4. Con Auto N° 17417-00157 del 31 marzo de 2015, la ITRC, declaró su falta de competencia para adelantar el expediente disciplinario N° 1704-01-2013-0007 y dispuso su remisión a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, en adelante DIAN. La ITRC argumentó para rechazar su competencia lo siguiente:

“Una vez culminada la etapa de investigación disciplinaria, el despacho estima pertinente remitir la actuación disciplinaria al Despacho de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, habida cuenta que la conducta que es objeto de valoración jurídica, no está en el marco de competencia de esta agencia.” (folio 261 vto.)

(...) se aprecia que la conducta objeto de investigación, está ligada con el desconocimiento procedimental de lo preceptuado por los Decretos 2645 del 27 de julio de 2011, 2820 de agosto 9 de 2011 y la Orden administrativa de la UAE DIAN 001 de 2005.

Así las cosas, la conducta investigada es de Competencia de la subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN, como quiera que a dicha dependencia se atribuyó la competencia de investigar conductas graves o leves, por violación de deberes o incursión de prohibiciones.” (folio 262)

5. En respuesta la DIAN mediante Auto N° 6004-1 de 11 de mayo de 2015, propuso conflicto negativo de competencias a la ITRC, respecto del conocimiento, investigación y fallo de la actuación disciplinaria adelantada dentro del expediente disciplinario N° 1704-01-2013-0007 de esa Entidad. En su concepto, la competencia para evaluar de fondo el referido proceso disciplinario está radicada en ITRC de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 2° del Decreto 4173 de 2011, por cuanto *“no se está en presencia de simples desatenciones de la normatividad que regula y administra el RUT (Decretos 2645 y 2820 de 2011)”*, dado que dentro del trámite de inscripción o actualización del Registro Único Tributario, las certificaciones, formularios de RUT que elabora el funcionario competente con la rúbrica del interesado, existencia y entrega de los documentos presentados, configuran verdaderos actos de fe pública (folios 265 a 270).

6. El día 19 de mayo del presente año, mediante oficio 100-213-305-2494 la DIAN, solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que dirima el presente Conflicto de Competencias Administrativas y remitió el proceso disciplinario de la referencia para determinar quién es el competente para conocer y fallar el Expediente Administrativo Disciplinario ITRC 1701-01-2013-077 (folio 272).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011 se fijó edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos en el trámite del conflicto (folio 274).

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado en el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 (folio 277).

Según hizo constar la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el doctor Juan Carlos Pérez Franco, en su calidad de apoderado de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, allegó alegatos (folio 288).

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes de este Conflicto de Competencias Administrativas presentan, en síntesis, los siguientes argumentos:

1. Argumentos de la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC

La ITRC indica, que con base en las pruebas legalmente practicadas en la fase preliminar de la investigación en contra del aludido funcionario, dispuso la apertura de investigación disciplinaria porque al momento de materializar las actuaciones de los registros únicos tributarios de los contribuyentes “Alquiler de Volquetas y Maquinaria Pesada Ltda”, “Maquinaria Pesada de Colombia Ltda”, Drilling And Transpot Cargo Ltda” y “911 Mantenimiento y Servicio Ltda” presuntamente se habrían desconocido los requisitos previstos en los Decretos 2645 del 27 de julio de 2011 y 2820 del 9 agosto de 2011. La ITRC enuncia las siguientes inconsistencias:

- a) No se aportaron certificaciones bancarias en detrimento de lo preceptuado por los Decretos 2645 de 2011 y 2820 de 2011.
- b) Algunos RUT no cuentan con la firma del representante legal y en otros eventos, la firma al parecer no corresponde con la rúbrica que aparece en la cédula de ciudadanía del posible aportante. (Folio 261 vto.)

Manifiesta que una vez culminada la etapa de investigación disciplinaria, estimó pertinente remitir la actuación a la DIAN, ya que la conducta que es objeto de valoración jurídica no está enmarcada dentro de las competencias de la ITRC de acuerdo al artículo 2º del Decreto Ley 4173 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10, numeral 1º del Decreto 0985 de 2012, puesto que insiste, resulta claro que la conducta por la cual se investiga al funcionario Musalán Aguiar, *“no se enmarca en ninguna de las descripciones típicas disciplinarias que son de competencia de este Despacho. Adicionalmente, tampoco se predica de la presente investigación, una relación directa u indirecta con la defensa del patrimonio público; circunstancia que descarta este criterio como atribución de competencia para conocer de la presente investigación”* (folios 261 vto y 262).

Agregó que, en cuanto a los fundamentos documentales y fácticos que reposan en el expediente, la conducta investigada se adecua a una violación de los deberes de todo servidor público, en particular al consagrado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002. Además, considera que otra eventual disposición normativa dentro de la cual se enmarca el cargo de la investigación disciplinaria de la referencia, es el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, el cual prescribe como prohibición de todo servidor público la violación de normas e instrucciones administrativas.

Concluye que la conducta investigada dentro de este plenario es de competencia de la DIAN, como quiera que a dicha dependencia se le atribuyó investigar conductas graves o leves, por violación de deberes o incursión de prohibiciones. Expresamente manifestó:

“Nótese, que el deber visto en precedencia, reprocha desde el ámbito disciplinario, el incumplimiento que hiciere el funcionario público de la normatividad y reglamentación que rige la gestión administrativa que se encuentra a su cargo. (...)

En el sub judice, se aprecia que la conducta objeto de la investigación, está ligada con el desconocimiento procedimental de lo preceptuado por los decretos 2645 del 27 de julio de 2011, 2820 de agosto 9 de 2011 y la Orden administrativa de la UAE DIAN 001 de 2005.

Así las cosas, la conducta investigada es de Competencia de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario interno de la DIAN, como quiera que a dicha dependencia se atribuyó la competencia de investigar conductas graves o leves, por violación de deberes o incursión de prohibiciones.” (Folio 262)

2. Argumentos de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

La DIAN, considera frente al Argumento de la ITRC, el cual sostuvo que la DIAN es la competente para conocer de la investigación disciplinaria de la referencia, toda vez, *“que a dicha dependencia se atribuyó la competencia de investigar conductas graves o leves, por violación de deberes o incursión en prohibiciones”,* que el mismo, *“no consulta las circunstancias fácticas como tampoco la normatividad vigente”* (folio 267).

Para la DIAN, *“de conformidad con lo previsto en el Decreto 2820 de 2011, los trámites de inscripción y actualización del Registro único Tributario requieren de la presencia ya sea del propio interesado o de su apoderado debidamente constituido”* (subrayado textual).

Señaló, que además de la comparecencia personal del interesado o su apoderado deben allegarse los documentos señalados en el mismo artículo y que tratándose de la formalización de la inscripción ante la DIAN o entidades autorizadas, de personas jurídicas y asimiladas, se deberá adjuntar entre otros la Constancia de titularidad de cuenta corriente o de ahorros activa con fecha de expedición no mayor a un mes en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o último extracto de la misma (folio 268).

Agregó que *“el funcionario que atiende esos trámites certifica la presencia del interesado y deja constancia del cumplimiento de requisitos y de la presentación de la documentación respectiva por parte de aquel, actos con los cuales sin lugar*

a dudas da fe pública administrativa sobre la ocurrencia de esos hechos” (folio 269).

Así, considera que el funcionario competente para realizar el trámite de inscripción o actualización del Registro Único Tributario – RUT, elaborar las certificaciones y los formularios de RUT que contienen la firma del interesado, está realizando funciones que *“configuran verdaderos actos de fe pública”*. Lo anterior, dado que cuando el legislador dispone requisitos para trámites específicos, tal como acontece en esta investigación, los servidores públicos a cargo de esos trámites son quienes *“con sus actos, dan fe plena de su cumplimiento, pues con ello se asegura fehacientemente el acatamiento del precepto legal”* (subrayado textual) (folio 269).

En síntesis, la DIAN argumenta que si no se acredita realmente la comparecencia del interesado o no se da fiel testimonio de que se allegaron los documentos, o que ello ocurrió de forma parcial, el bien jurídico de la fe pública puede verse en peligro, *“pues es precisamente con las funciones de constatación y verificación que se protege la credibilidad inherente a los documentos que sustentan el trámite de inscripción o actualización del RUT, y la confianza, solidez y certidumbre que deben esperar los asociados respecto de dichos soportes con aptitud probatoria, y, como no, de la comparecencia cierta del interesado, circunstancias éstas que precisamente el legislador protege al tipificar hechos punibles contra la fe pública.”*

La DIAN, finalizó su planteamiento poniendo de presente, que si en el curso de la actuación dicha Agencia encuentra otras infracciones de menor entidad o gravedad en los trámites del RUT expuestos con respecto a las empresas ya identificadas, se impone su conocimiento y decisión dentro de la misma actuación, en tanto que tienen identidad temporal y modal con la conducta más grave *“la afectación a la fe pública”* y tienen origen en la misma denuncia disciplinaria, *“conexidad procesal”*, lo que impone que se investiguen bajo la misma cuerda, de conformidad con lo previsto en el artículo 81 de la Ley 734 de 2002 (folio 269).

3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuó su intervención, explicando que si bien es cierto que tanto la ITRC, como la DIAN, se encuentran adscritas al mismo, también lo es, que las facultades de control disciplinario que ejercen en relación con las conductas desplegadas por servidores de la DIAN, en el ejercicio de las funciones, por ministerio de la ley, tanto la una como la otra, lo hacen autónomamente conforme a las disposiciones que las facultan en esa materia, con prescindencia de cualquier intervención o injerencia de parte de esa cartera.

Explica que, aún para definir un eventual conflicto de competencias negativo o positivo entre esas dos entidades, no se hace posible su arbitraje, pues una facultad de esa naturaleza no ha sido conferida expresamente en la ley, ni aparece contemplada en el Decreto 4712 de 2008.

Expuso además, que sus facultades deben ser analizadas dentro la Ley 489 de 1998 en el contexto del control administrativo sobre las entidades descentralizadas establecido en sus artículos 42 y 105, y que lo dejan a salvo del control de las decisiones de esas entidades respecto de sus competencias legales.

Para el Ministerio, si bien es cierto que existe un control tutelar por parte suya sobre las entidades adscritas, como es el caso de la ITRC, así como con la DIAN,

dicho control se encuentra supeditado a asegurar y constatar que las funciones que desempeñen una y otra por especialidad se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, *“sin que dicha prerrogativa pueda interpretarse como la facultad legal de interferir en el ejercicio de las funciones que autónomamente desarrollan cada una de ellas”* (folio 283 vto.).

Concluyó señalando que el control tutelar no puede trascender esferas que coarten la descentralización, cuando so pretexto del uso de dicha atribución –del control tutelar-, se arroguen facultades propias asignadas por la ley y el reglamento a la entidad vinculada y adscrita que se trate.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia en el análisis de los antecedentes, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades del orden nacional¹:

1. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creada como Unidad Especial mediante el Decreto 2117 de 1992.

2. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonio independiente, creada mediante Decreto 4173 de 2011.

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 5 de mayo de 2015. Rad N° 11001-03-06-000-2015-00012-00. M.P. William Zambrano Cetina.

Por otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, que consiste en determinar cuál es la autoridad competente para avocar el conocimiento del proceso disciplinario expediente N° 1704-01-2013-0007 contra el servidor de la DIAN, Miguel Alberto Musalán Aguiar.

2. Problema jurídico

Como se aprecia dentro de la exposición de los antecedentes, el presente conflicto negativo de competencias administrativas se configuró entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, en la medida en que estos entes públicos manifestaron que no son competentes para avocar el conocimiento del proceso disciplinario expediente N° 1704-01-2013-0007 contra el servidor de la DIAN, Miguel Alberto Musalán Aguiar.

El conflicto surge a partir de la interpretación y aplicación que ITRC hace de las disposiciones legales que le atribuyen, para ciertos casos, competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN.

En consecuencia, la Sala estudiará las disposiciones que establecen las competencias tanto de la DIAN como de la ITRC para adelantar investigaciones disciplinarias a los servidores de la DIAN y con base en ello, se determinará entonces cuál de tales entidades es la competente para continuar con el proceso disciplinario que da origen al presente conflicto.

3. Reparto de competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN

La Sala en anterior conflicto de competencias administrativas², desarrolló un estudio sobre el reparto de las competencias disciplinarias sobre los funcionarios de la DIAN, con fundamento en el cual se precisará algunos aspectos de importancia para este caso.

3.1 Competencia general de la DIAN para disciplinar a sus servidores

La tesis que la Sala desarrolló en dicha decisión³ analizó la competencia general de la DIAN para disciplinar a sus servidores, con fundamento en el artículo 2° de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, relacionado con la competencia de cada entidad para ejercer la potestad disciplinaria de sus servidores, norma que se cita a continuación:

“Artículo 2°.- Titularidad de la acción disciplinaria.- Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias”. (...)

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 5 de mayo de 2015. Rad N° 11001-03-06-000-2015-00012-00. M.P. William Zambrano Cetina.

³ *Idem.*

La Sala determinó en esa ocasión, que de acuerdo con este artículo, resulta claro que la acción disciplinaria se encuentra en primer lugar en cabeza de las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, salvo los casos en que la Procuraduría General de la Nación asuma su poder preferente.

En cuanto a los factores determinantes de la competencia en materia disciplinaria, la Sala citó el artículo 74 de la Ley 734 de 2002, el cual consagra los criterios que al interior de cada entidad servirán para determinar la competencia disciplinaria, esto es, la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y la figura de la conexidad. Dice textualmente la norma:

“Artículo 74. Factores que determinan la competencia. La competencia se determinará teniendo en cuenta la calidad del sujeto disciplinable, la naturaleza del hecho, el territorio donde se cometió la falta, el factor funcional y el de conexidad.

En los casos en que resulte incompatible la aplicación de los factores territorial y funcional, para determinar la competencia, prevalecerá este último”.

De este modo, la competencia general de investigación disciplinaria de los funcionarios de la DIAN radica en principio en esa entidad, tal como lo dispone además el artículo 10 del Decreto 4048 del 22 de octubre de 2008, *por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales:*

“Artículo 10. Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno. Son funciones de la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno, las siguientes:

- 1. Conocer y fallar en primera instancia los procesos que se adelanten contra los empleados públicos de la DIAN a nivel nacional, por conductas que constituyan falta disciplinaria, de conformidad con las normas vigentes que rijan la materia;*
(...)
- 3. Buscar el apoyo de la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, y demás organismos que puedan coadyuvar el desarrollo de actividades orientadas a hacer efectivo el ejercicio del control disciplinario interno;*
- 4. Garantizar los procedimientos de cadena de custodia relacionados con el tratamiento de los elementos probatorios que se hallen en el ejercicio de la función disciplinaria, entregándolos oportunamente a la Fiscalía General de la Nación, para los fines de su competencia;*
(...)
- 6. Notificar y comunicar las decisiones proferidas dentro de los procesos disciplinarios.”*

3.2 Competencias especiales asignadas a la ITRC

El Decreto 4173 de 2011 por el cual se creó la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales –ITRC-, le asignó a esta entidad algunas competencias disciplinarias sobre funcionarios de la DIAN, en particular para los siguientes casos:

“Artículo 2o. Objeto. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, tendrá como objeto: (...)

2. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, tendrá competencia para realizar las investigaciones de las conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, respecto de los servidores públicos que pertenecen a las entidades de que trata el numeral anterior⁴.

3. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, asumir las competencias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno sobre las demás faltas disciplinarias en que incurran los funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

PARÁGRAFO. Las funciones de control disciplinario de que trata este artículo, serán ejercidas de conformidad con el procedimiento dispuesto en la Ley 734 de 2002⁵.

De acuerdo con lo expuesto, se puede determinar que la ITRC desplaza la competencia general de la DIAN cuando se trate de: “i) faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; y ii) en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos. Por el contrario, si la conducta a investigar no se puede encuadrar en ninguno de los anteriores supuestos la investigación disciplinaria será competencia exclusiva de la DIAN”⁶.

Según lo expuesto, la DIAN conserva su competencia para ejercer la potestad disciplinaria de sus funcionarios en caso de faltas leves y graves⁷ y faltas gravísimas que no estén asignadas expresamente a la ITRC.

De otra parte, las faltas gravísimas que corresponde investigar a la ITRC son las siguientes:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo (...)

3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga (...)

⁴ El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 4173 de 2011 fue aclarado por el Decreto 4452 de 2011 ya que en el texto original se hacía referencia a la Ley 734 de 2001, cuando en realidad se trata de la Ley 734 de 2002.

⁵ En los numerales 6 y 7 del artículo 4º del Decreto 4173 de 2011, se reitera la función disciplinaria encomendada a la Agencia, sin perjuicio del control preferente de la Procuraduría General de la Nación, en los mismos términos del artículo 2 del mismo Decreto.

⁶ *Idem.*

⁷ Violación general de los deberes, prohibiciones, incompatibilidades, etc.

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales (...)

20. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley (...)

30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (...)

35. Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo (...)

42. Influir en otro servidor público, prevaleciéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita (...)

43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas (...)

44. Favorecer en forma deliberada el ingreso o salida de bienes del territorio nacional sin el lleno de los requisitos exigidos por la legislación aduanera (...)

45. Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece (...)

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.

47. Violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción (...)

50. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario (...)

56. Suministrar datos inexactos o documentación con contenidos que no correspondan a la realidad para conseguir posesión, ascenso o inclusión en carrera administrativa (...)

58. Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente (...)

60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante” (resalta la Sala).

En el presente caso, las entidades en conflicto discuten de manera particular si la conducta investigada se encuadra en el numeral 2º del artículo 2º, del Decreto

4173 de 2011, antes citado, lo cual, de ser afirmativo, le otorgaría la competencia del asunto a la ITRC, según se viene estudiando.

La DIAN insiste en que dentro de los hechos investigados debe concluirse que la competencia está radicada en la ITRC, ya que de acuerdo a la normatividad expuesta no se está en presencia de simples desatenciones de la normatividad que regula y administra el RUT sino tiene identidad temporal y modal con el delito de la fe pública.

Para la ITRC, la conducta por la cual se investiga al señor Musalán no se enmarca dentro de ninguna de las descripciones típicas disciplinarias que son de competencia de ese despacho, tampoco tienen una relación directa con la defensa del patrimonio público; circunstancia que descarta ese criterio como atribución de competencia para conocer de la presente investigación a la ITRC.

La Sala concentrará entonces su atención sobre este aspecto para resolver el caso concreto.

4. El caso concreto

En el presente asunto se discute la competencia para continuar la investigación disciplinaria contra un funcionario de la DIAN, por los hechos ocurridos en la inscripción de personas jurídicas para la formalización del RUT ante la DIAN; la denuncia se presentó en los siguientes términos:

“ (...) es preciso puntualizar que este despacho realizó inspección administrativa sobre los documentos que soportaron dichas actualizaciones, para el caso de las personas jurídicas se encontró como hecho presuntamente irregular que en todos los casos las mismas carecen del requisito previsto en el artículo primero del Decreto 2645 del 27 de julio de 2011, modificado por el Decreto 2820 de agosto 9 de 2011, que a su tenor literal dispone: “... para la formalización del RUT ante la DIAN, de la inscripción de personas jurídicas o asimiladas, debe adjuntarse constancia de titularidad de cuenta corriente o de ahorros con fecha de expedición no mayor a un mes en una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o último extracto de la misma. Artículo 10 de los citados Decretos: “... para la actualización del Registro Único Tributario se deben anexar los documentos exigidos para la inscripción...” (folio 186 vto.).

(...)

*En razón a lo anterior, y teniendo en cuenta que los procedimientos de actualización de los Registros Únicos Tributarios arriba enunciados fueron realizados por el funcionario **MIGUEL ALBERTO MUSALÁN AGUIAR**, en consideración al acervo probatorio recaudado en la etapa de indagación preliminar, ese despacho ordena la apertura de investigación disciplinaria en su contra, con el objeto de establecer su presunta responsabilidad frente a las irregularidades precitadas.” (folio 187).*

La DIAN considera que los hechos descritos en relación con la conducta del citado funcionario de esa entidad, se encuadran dentro de lo señalado en el numeral 2º del artículo 2º, del Decreto 4173 de 2011 como falta gravísima. Ahora bien, de las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, la única que sería adecuada al disciplinado, es la correspondiente al numeral 1º, la cual se transcribe nuevamente para claridad del asunto:

“Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

*1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable **a título de dolo**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”.*
(Resalta la Sala)

Como se puede apreciar del referido numeral, es imprescindible para la adecuación típica del mismo, que el delito sea *“sancionable a título de dolo”*. La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis sobre el tema, en el conflicto de competencias administrativas⁸ que se ha venido citando, del cual se transcribe a continuación el aparte que lo desarrolla en particular:

“Al respecto, observa la Sala que el numeral 1 cualifica especialmente esta falta gravísima así: i) que la misma sea considerada como delito ii) que el delito sea cometido a título de dolo, iii) que la misma se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o del cargo o como abuso del cargo. En relación con lo anterior, es importante recordar la definición de “dolo” que trae el Código Penal:

“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”

De este modo, como ha señalado la jurisprudencia, el dolo exige el conocimiento e intención inequívoca de querer la realización de los hechos tipificados como delito:

“El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: Uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.”⁹

De manera que en relación con la falta disciplinaria descrita en el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 734 de 2002 hay unas condiciones particulares que denotan que la falta es considerada gravísima solamente cuando existe la intención manifiesta del servidor público de valerse de su cargo para cometer un delito a título de dolo. Por tanto, otras conductas del servidor público, incluso con eventuales consecuencias penales, pero que no alcanzan dicha cualificación (ser cometidas con dolo), no caben dentro de la descripción típica de la referida falta disciplinaria.”

Para el caso que es materia de análisis, de acuerdo con la denuncia que se transcribió, los hechos expuestos no son en principio, de los tipificables dentro del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, particularmente en lo relativo a la

⁸ *Idem.*

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de agosto de 2010, expediente 32964.

exigencia de una intención inequívoca del servidor público de cometer un delito a título de dolo y valiéndose del cargo.

La Sala considera que la conducta investigada, prima facie, es más próxima a la violación de los deberes y prohibiciones generales de los servidores públicos, en particular a lo descrito en el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, que prohíbe a los funcionarios *“Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones”*, falta que, se insiste, no se encuentra dentro de las trasladadas a la ITRC y que, por tanto, corresponde investigar a la DIAN según sus competencias disciplinarias generales.

“Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.”

En conclusión, y teniendo en cuenta la información suministrada en esta actuación, como los hechos a investigar no corresponden a la falta gravísima del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, ni tampoco a las demás asignadas a la ITRC por el Decreto 4173 de 2011, ni es un asunto en que esté comprometida la defensa de los recursos públicos, la competencia es de la DIAN.

Finalmente, la Sala reitera que las consideraciones hechas anteriormente para establecer el reparto de competencias entre las entidades en conflicto, no afectan la autonomía de la DIAN, como autoridad disciplinaria competente, para que una vez asuma la competencia del caso, califique las conductas investigadas y resuelva el fondo del asunto.

5. Definición del conflicto planteado

La entidad competente para asumir el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias del servidor Miguel Alberto Musalán Aguiar, en su condición de funcionario de la DIAN, es la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-. La Sala llega a esta conclusión con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a la falta gravísima de que trata el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.
2. Los hechos a investigar no corresponden, en principio, a las demás faltas preceptuadas por el Decreto 4173 de 2011 y asignadas a la ITRC para ser investigadas.
3. No es un asunto en que esté comprometida la defensa de los recursos públicos.

6. Definición de competencia y términos legales

Cabe precisar finalmente que el procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones de orden constitucional y legal, mientras la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia no corren los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones. De ahí que, conforme al artículo 39, *“mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 [sobre derecho de petición] se suspenderán”*¹⁰. El artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, relativo al funcionario sin competencia, dispone que *“[s]i la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.”* Por esta misma razón, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que *“[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”*.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente al de la comunicación de la presente decisión.

¹⁰ La Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituyó el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 por el siguiente texto: *“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: //1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes. // 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.// Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”*.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar competente a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- para continuar con el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por presuntas faltas disciplinarias del servidor Miguel Alberto Musalán Aguiar, en su condición de funcionario de la DIAN.

SEGUNDO: Remitir el expediente de la referencia a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN-, para que continúe la actuación administrativa disciplinaria de manera inmediata.

TERCERO: Comunicar la presente decisión a la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRC, a la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al señor Miguel Alberto Musalán Aguiar.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación disciplinaria administrativa en referencia se reanudarán a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

QUINTO: Se le reconoce personería al abogado Juan Carlos Pérez Franco, como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala